

5 CONCORRENZA E REGOLAZIONE DEL MERCATO NEL SISTEMA DELLE COMUNICAZIONI

di
MASSIMO NUNZIATA¹

Abstract

Lo studio si propone di approfondire e ricostruire, in chiave problematica, l'evoluzione ordinamentale nel settore generale delle comunicazioni, muovendo dall'originaria impostazione monopolistica sino all'affermazione del libero mercato concorrenziale.

In tale ottica, in cui fondamentale è stato l'apporto del diritto europeo, si impone una riflessione anche in merito al necessario coordinamento tra i vari organismi regolatori coinvolti e al complesso rapporto tra disciplina antitrust, da un lato, e regolazione settoriale, dall'altro.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

SOMMARIO: **1.** La regolazione del mercato nel settore delle comunicazioni **2.** L'erosione del monopolio e la graduale apertura alla concorrenza nel settore radiotelevisivo. Il periodo prerепublicano **2.1** L'avvento della Costituzione e l'importante elaborazione della Corte Costituzionale **2.2** L'evoluzione concorrenziale del sistema radiotelevisivo tra fatto e diritto **2.3** Il sistema radiotelevisivo misto **2.4** Dalla cd. legge Maccanico alla cd. legge Gasparri **2.5** Aspetti fondamentali della disciplina vigente **3.** Il settore delle comunicazioni elettroniche **4.** Dalla concessione ai titoli autorizzatori: liberalizzazione e riduzione della discrezionalità della P.A. **5.** Persistente intervento pubblico nella regolazione **6.** Rapporto tra regolazione settoriale e concorrenza **7.** I soggetti: la Commissione Europea, il BEREC, il Ministero dello sviluppo economico, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, i CORECOM, gli altri organismi europei e internazionali **7.1** Il coinvolgimento delle Regioni **8.** L'AGCOM: struttura e le molteplici funzioni di regolazione e di garanzia

1. La regolazione del mercato nel settore delle comunicazioni

Il tema della regolazione pubblica dell'economia nel particolare settore delle comunicazioni è complesso ma, al contempo, affascinante, in quanto, da un lato, costituisce l'esito di un importante percorso di trasformazione della struttura del mercato di riferimento e, dall'altro, presuppone il coinvolgimento di una molteplicità di soggetti regolatori, non solo nazionali.

Con riferimento al primo aspetto, il settore delle comunicazioni è stato interessato soltanto in tempi relativamente recenti da un rilevante processo di trasformazione che ha condotto, sulla spinta di istanze sovranazionali, al superamento dell'originaria situazione monopolistica e alla conseguente apertura del mercato alla libera concorrenza.

Per molto tempo, infatti, il sistema complessivo delle comunicazioni è stato riservato, in via esclusiva, allo Stato che, già nel periodo pre-repubblicano, esercitava l'attività radiotelegrafica e radioelettrica in forma monopolistica.

Solo recentemente il mercato delle comunicazioni si è aperto all'accesso di nuovi operatori economici, i cd. *newcomers*. Ciò è avvenuto secondo alcune direttrici fondamentali: nell'ottica di liberalizzazione dell'attività economica, per assicurare lo svolgimento del principio costituzionale di pluralismo (cd. esterno), per garantire, anche sulla spinta di istanze sovranazionali, la tutela della concorrenza.

È bene precisare, comunque, che l'apertura del mercato alla concorrenza e l'impatto delle liberalizzazioni e della globalizzazione non fanno venir meno l'esigenza di una regolazione pubblica dell'economia ma, al contrario, la presuppongono e la necessitano.

Un persistente intervento regolatorio pubblico, del resto, è necessario al fine di perseguire i fondamentali principi ispiratori della disciplina delle comunicazioni: la parità di accesso al mercato e la garanzia dei diritti dell'utente nonché di quelli dei terzi.

¹ Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata.

Come si preciserà meglio in seguito, la regolazione del mercato nel campo delle comunicazioni è affidata a una molteplicità di soggetti, posti, peraltro, su livelli differenti tra di loro: al Ministero dello sviluppo economico, all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), alla Commissione Europea, all'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC), ai Comitati regionali per le comunicazioni (CORECOM) e agli altri organismi europei e internazionali.

La regolazione del mercato nel campo delle comunicazioni è caratterizzata, inoltre, da un altro aspetto molto rilevante: il fattore tecnologico. Questo condiziona in modo considerevole la disciplina legislativa nella sua complessità che spesso si trova a dover rincorrere e regolamentare le sempre maggiori potenzialità offerte dagli ultimi traguardi scientifici.

2. L'erosione del monopolio e la graduale apertura alla concorrenza nel settore radiotelevisivo. Il periodo pre-repubblicano

Come si è accennato, il settore delle comunicazioni è stato interessato da modifiche molto rilevanti dell'assetto del mercato che, perdendo la sua tradizionale configurazione monopolistica, si sta gradualmente aprendo alla libera concorrenza².

L'evoluzione del mercato in senso concorrenziale, sollecitata anche dalla normativa sovranazionale in materia *antitrust*, non sarebbe stata possibile senza il progressivo sviluppo tecnologico che ha interessato questo campo e che ha reso possibile lo svolgimento di attività d'impresa da parte di una pluralità di soggetti, aprendo scenari impensabili fino a pochi anni addietro.

È opportuno ripercorrere, sia pur brevemente, le tappe che hanno portato alla progressiva apertura del mercato.

Il campo delle comunicazioni ha cominciato a formare oggetto dell'analisi e della regolamentazione giuridica solo in tempi relativamente recenti, vale a dire agli inizi del secolo scorso per il settore radiofonico e dopo circa mezzo secolo in materia televisiva, con l'avvio delle trasmissioni della RAI.

La normativa del periodo pre-repubblicano riservava allo Stato l'esercizio delle attività di comunicazione, sul presupposto della loro qualificazione come servizio pubblico.

In un'epoca in cui le spese di attivazione e funzionamento degli apparati tecnici erano così alte e proibitive per gli operatori privati da consentire solo allo Stato di sostenerle, la legge n. 395/1910 stabilì la riserva statale per l'esercizio dell'attività radiotelegrafica e radioelettrica.

Tale riserva fu introdotta non solo per ragioni di ordine economico, ma anche per scelte di politica legislativa che, privilegiando gli interessi pubblici coinvolti nell'attività di trasmissione rispetto a quelli privati, qualificò quest'ultima come servizio pubblico. In tale ottica, gli utenti erano considerati quali meri fruitori di un mezzo di cui lo Stato si accollava tutte le spese di gestione.

La grande potenzialità delle attività di trasmissione ne mise in luce subito l'estrema delicatezza e la necessità di una precisa regolamentazione. Sulla base di alcuni criteri fondamentali, tra cui la tutela della segretezza delle comunicazioni, profilo particolarmente delicato soprattutto all'epoca, venne creato un coordinamento tecnico-amministrativo con il fine di individuare i principi ispiratori per la successiva disciplina normativa che avrebbe dovuto interessare tutti gli strumenti di telecomunicazioni, quali la posta, il telegrafo, il telefono.

Tale approccio generalista fu abbandonato pochi anni dopo quando, con il R.D. n. 1067/1923 e con il n. 1226/1924, si riconobbe l'autonomia dell'attività radiofonica rispetto alle altre forme di comunicazione. La disciplina introdotta con tali norme determinò l'esclusiva dello Stato sul servizio di trasmissione radiofonica da esercitare mediante società concessionarie, confermò la qualificazione di tale attività come servizio pubblico e introdusse la possibilità di concedere a società concessionarie private lo svolgimento del servizio.

In questo periodo, che, come si vedrà, si sarebbe protratto a lungo, i servizi di radiodiffusione erano riservati in via esclusiva allo Stato e le attività erano svolte da società concessionarie: in primo luogo dall'Unione Radiofonica Italiana (URI), istituita nel 1924 e poi trasformata, per effetto del R.D.L. n. 2207/1927, in un ente pubblico denominato Ente Italiano per le Audizioni Radiofoniche (EIAR). In virtù di tale trasformazione, il controllo societario è divenuto quasi totalmente pubblico, anche se una modesta parte del pacchetto azionario è rimasto di proprietà privata.

In ogni caso, questi interventi normativi, pur dettando le prime norme di dettaglio in materia di comunicazione, non fornirono una disciplina compiuta in grado, da un lato, di sfruttare appieno le grandi

² Per un'analisi sull'evoluzione del contesto ordinamentale, nella manualistica: R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2010; S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2009; F. CARDARELLI, V. ZENO ZENCOVICH, *Il diritto delle telecomunicazioni, principi, normativa, giurisprudenza*, Bari-Roma, Laterza, 1997; E. ROPPO, R. ZACCARIA (a cura di), *Il sistema radiotelevisivo pubblico e privato*, Milano, Giuffrè, 1991.

potenzialità degli strumenti di comunicazione emergenti e, dall'altro, di risolvere le prime questioni problematiche che si erano poste.

2.1 L'avvento della Costituzione e l'importante elaborazione della Corte Costituzionale

Il panorama normativo mutò in modo molto rilevante nel 1948 con l'avvento della Costituzione Repubblicana.

L'art. 21 Cost., infatti, introduce un principio fondamentale: *«Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione»*.

La libera manifestazione del pensiero, per un verso, si collega, ma non si identifica, con il diritto all'informazione e, per altro, sollecita la riflessione sulla problematica della concreta disponibilità dei mezzi di diffusione di tale pensiero³. Come si vedrà più avanti, la Corte costituzionale, applicando tale norma, ha elaborato il principio del pluralismo informativo, inteso sia come obbligo di dar voce al maggior numero di opinioni politiche, sociali e culturali presenti nel paese (cd. pluralismo interno), sia come opportunità di ingresso nell'ambito dell'emittenza di quante più voci consentano i mezzi tecnici, con la possibilità che i soggetti portatori di opinioni diverse possano esprimersi senza il pericolo di essere emarginati a causa di processi di concentrazione (cd. pluralismo esterno).

Giova sin d'ora chiarire, comunque, che il pluralismo si differenzia dalla «semplice» concorrenza, proprio in quanto esige che ogni diversa opinione possa trovare un sufficiente modo di manifestarsi, e non soltanto quelle opinioni in grado di coprire i costi del mezzo di diffusione.

L'art. 21 Cost. reca una disciplina molto analitica solo con riferimento allo strumento di comunicazione più diffuso all'epoca, vale a dire la stampa, stabilendone il regime libero di pubblicazione, le particolari modalità di sequestro e i limiti di contenuto.

Un'analoga regolamentazione, invece, non è dettata per gli altri strumenti di comunicazione di massa, già diffusi o appena emergenti, quali il cinema, la radio e la televisione.

Molteplici possono essere le ragioni di tale scelta del legislatore costituente.

Secondo parte della dottrina non venne subito colta la fondamentale importanza e la grande potenzialità insita nei nuovi mezzi di comunicazione di massa, nonostante fossero stati istituiti una Commissione parlamentare di vigilanza sull'indipendenza politica e l'obiettivo informativa delle radiodiffusioni con il d.l.(C.p.S.) 428/1947 e un Comitato tecnico, sulle cui ceneri sarebbe poi nata nel 1975 la *Commissione parlamentare per l'indirizzo e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi*.

Secondo un altro indirizzo interpretativo, l'enorme potenziale dei nuovi strumenti comunicativi di incidere sulla formazione culturale della società venne certamente compreso ma si preferì tenerlo al servizio della classe dirigente anziché utilizzarlo a garanzia del sistema democratico.

Invero, è possibile anche che le timidezze dell'iniziale regolazione normativa dei nuovi mezzi di comunicazione di massa siano da rinvenire nell'assoluta novità di tali fenomeni e nella conseguente difficoltà, già per il legislatore dell'epoca, di rincorrere e regolamentare sviluppi tecnologici così rapidi.

In ogni caso, qualunque fosse la ragione del ritardo legislativo, l'avvento della Costituzione, pur con la rivoluzione giuridica e sociale che comportò, non scompose immediatamente il sistema ereditato dal periodo prerепubblicano-fascista in cui, come accennato, lo Stato era proprietario dell'Ente Italiano per le Audizioni Radiofoniche (EIAR), che era titolare in esclusiva delle trasmissioni radiofoniche sul territorio nazionale e che svolgeva, quindi, la propria attività di editore e di operatore radiofonico in regime di monopolio.

Questo schema fu confermato pochi anni dopo quando, con il D.P.R. n. 180/1952, fu rinnovata la convenzione per la concessione in esclusiva del servizio di radiodiffusione alla società privata Radio Audizioni Italiane (RAI) che, nel frattempo, secondo quanto previsto dal d.l.l. 457/1944, aveva sostituito l'EIAR.

La natura formalmente privata della RAI non modificò sostanzialmente il sistema precedente in cui lo Stato era gestore esclusivo dell'attività radio-televisiva.

Infatti, molte furono le scelte di ordine economico, politico e culturale che confermarono la piena volontà dello Stato di conservare una posizione di preminenza nel settore, come quella di garantire la maggioranza azionaria della RAI all'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), aumentare a sei i membri del Consiglio di Amministrazione di nomina governativa, elaborare un piano di finanziamento basato sia sulla pubblicità che su un canone a carico degli utenti e di subordinare il piano triennale della programmazione a un'autorizzazione ministeriale. Quest'ultima previsione, evidentemente, rappresentando un ovvio indice dell'intenzione statale di detenere il controllo sul contenuto delle trasmissioni, dimostra la chiara e acquisita consapevolezza del grande potenziale che i nuovi strumenti di comunicazione potevano esercitare sulla formazione culturale della collettività.

³ *Amplius* su tali problematiche, A. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della personalità*, Milano, Giuffrè, 2006.

D'altro canto, l'asservimento della società concessionaria al controllo statale era una delle poche soluzioni, forse l'unica, coerente con la configurazione delle attività radiotelevisive in termini di servizio pubblico, anche alla luce di come quest'ultimo era inteso dalla scienza giuridica del tempo.

Quale società concessionaria in esclusiva del servizio pubblico radiotelevisivo, la RAI, per un verso, aveva l'obbligo di trasmettere programmazioni di servizio e di pubblica utilità in fasce orarie prefissate e, per altro, provvedeva a riscuotere la tassa dovuta per il mero possesso di apparecchi radiotelevisivi istituita con la l. n. 1150/1954 (il cd. canone).

La qualificazione dell'attività di trasmissione come servizio pubblico condizionò anche le prime pronunce della Corte costituzionale che, di fronte alle molteplici questioni di legittimità che venivano sollevate, inizialmente confermò la legittimità dell'impostazione monopolistica.

Adita nell'ambito di un giudizio innanzi al Consiglio di Stato promosso da una società che si era vista rigettare dal Ministero delle Poste e delle Telecomunicazioni la richiesta di autorizzazione all'avvio di un servizio di radiodiffusione, che quindi avrebbe rappresentato la prima alternativa alla RAI, con la sentenza 13.7.1960, n. 59, la Corte costituzionale ha ritenuto preferibile, perché più garantista del pluralismo, il monopolio pubblico rispetto al rischio di un oligopolio privato del mercato.

In primo luogo, la Corte ha escluso che la riserva allo Stato dei servizi di radiotelevisione, e la conseguente possibilità di affidamento di essi in concessione, contrastino con il sistema delineato dagli artt. 41 e 43 Cost., affermando che, *«siccome, poi, a causa della limitatezza dei "canali" utilizzabili, i servizi radiotelevisivi, se non fossero riservati allo Stato o a un ente statale ad hoc, cadrebbero naturalmente nella disponibilità di uno o di pochi soggetti, prevedibilmente mossi da interessi particolari, non può considerarsi arbitrario neanche il riconoscimento della esistenza di ragioni "di utilità generale" idonee a giustificare, ai sensi dell'art. 43, l'avocazione, in esclusiva, dei servizi allo Stato, dato che questo, istituzionalmente, è in grado di esercitarli in più favorevoli condizioni di obiettività, di imparzialità, di completezza e di continuità in tutto il territorio nazionale»*.

La costituzionalità della riserva statale, inoltre, secondo la Corte non contrasta neanche con l'art. 21 Cost. in quanto *« dallo Stato monopolista di un servizio destinato alla diffusione del pensiero incombe l'obbligo di assicurare, in condizioni di imparzialità e obiettività, la possibilità potenziale di goderne - naturalmente nei limiti che si impongono per questa come per ogni altra libertà, e nei modi richiesti dalle esigenze tecniche e di funzionalità - a chi sia interessato ad avvalersene per la diffusione del pensiero nei vari modi del suo manifestarsi »*.

Com'è evidente, quindi, la riserva statale delle attività di trasmissione era non soltanto il precipitato della volontà del potere politico di detenere il pieno controllo sulle stesse ma, come confermato anche dall'elaborazione della Corte costituzionale, la diretta conseguenza, per un verso, della limitatezza dei mezzi tecnologici dell'epoca e, per altro, della qualificazione dell'attività come servizio pubblico.

Infatti, il servizio radiotelevisivo, in considerazione della funzione che è chiamato a svolgere e grazie alla grande capacità di penetrazione sociale, si configura come servizio pubblico essenziale e, pertanto, può essere sottratto all'iniziativa economica privata per soddisfare fini di utilità generale.

Le prime rilevanti breccie nel monopolio statale sono state aperte dalla Corte costituzionale con due importanti sentenze del 10 luglio 1974.

In primo luogo, con la sentenza n. 225/1974 è stata dichiarata l'incostituzionalità della riserva statale con riferimento alla ripetizione in Italia di programmi radiotelevisivi irradiati da emittenti estere.

In secondo luogo, la Corte nella decisione n. 226/1974, si è pronunciata sulla riserva statale dei servizi radiotelevisivi locali via cavo, affermando che essa *« risulta illegittima per il concorso di due fondamentali motivi: a) perché essa include anche attività che, nei sensi anzidetti, non possono essere sottratte all'iniziativa dei privati; b) perché, nella parte di legittima operatività, essa non soggiace ad una disciplina sufficiente a garantire il raggiungimento dei fini in vista dei quali la Costituzione la consente »*.

In ogni caso, la riserva statale permaneva per le trasmissioni a diffusione nazionale sul presupposto che, in considerazione dei costi ingenti di attivazione delle reti e della relativa limitatezza dei canali disponibili, le garanzie sottese alla qualificazione dell'attività in questione come servizio pubblico sarebbero state meglio assicurate da un monopolio statale piuttosto che da un oligopolio privato.

Era evidente, comunque, la necessità che il settore delle comunicazioni venisse sottoposto a un'espressa regolamentazione normativa.

Tale auspicio fu sottolineato proprio nella prima delle due sentenze, ove la Corte affermò la legittimità della riserva statale del mezzo radiotelevisivo *« solo se si assicuri che il suo esercizio sia preordinato a due fondamentali obiettivi: a) trasmissioni che rispondano alla esigenza di offrire al pubblico una gamma di servizi caratterizzata da obiettività e completezza di informazione, da ampia apertura a tutte le correnti culturali, da imparziale rappresentazione delle idee che si esprimono nella società; a) favorire, a rendere effettivo ed a garantire il diritto di accesso nella misura massima consentita dai mezzi tecnici »* (sentenza n. 225/1974).

In tale ottica, il Giudice delle Leggi indicò anche alcuni criteri direttivi per la successiva attività normativa: a) gli organi direttivi dell'ente gestore (si tratti di ente pubblico o di concessionario privato purché appartenente alla mano pubblica) non devono costituire espressione diretta o indiretta, del potere esecutivo; b) i programmi di informazione devono essere ispirati a criteri di imparzialità e quelli culturali, nel rispetto dei valori fondamentali della Costituzione, devono rispecchiare la ricchezza e la molteplicità delle correnti di pensiero; c) per la concretizzazione di siffatte direttive e per il relativo controllo devono essere riconosciuti adeguati poteri al Parlamento; d) i giornalisti preposti ai servizi di informazione devono essere tenuti all'obiettività e posti in grado di adempiere ai loro doveri nel rispetto dei canoni della deontologia professionale; e) attraverso una adeguata limitazione della pubblicità, deve essere evitato il pericolo che la radiotelevisione, inaridendo una tradizionale fonte di finanziamento della libera stampa, rechi grave pregiudizio ad una libertà che la Costituzione tutela in modo molto importante; f) l'accesso alla radiotelevisione deve essere aperto, nei limiti massimi consentiti, imparzialmente ai gruppi politici, religiosi, culturali nei quali si esprimono le varie ideologie presenti nella società; g) deve essere riconosciuto e garantito il diritto anche del singolo alla rettifica.

2.2 L'evoluzione concorrenziale del sistema radiotelevisivo tra fatto e diritto

Una prima riforma del settore televisivo avvenne con la l. n. 103/1975, con la quale, tra l'altro, è stata istituita la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi che, sottraendo il servizio televisivo dalla sfera di influenza del Governo, ha introdotto una forma di controllo parlamentare sull'attività del servizio pubblico.

Nella sostanza, peraltro, tale legge ha confermato i capisaldi dell'assetto normativo precedente, ossia la riserva statale e la qualificazione dell'attività come servizio pubblico.

Nello stesso anno, con il D.P.R. n. 452/1975, è stato concesso in esclusiva alla RAI il servizio pubblico della radio e della televisione su tutto il territorio nazionale.

Di fondamentale importanza, poi, è la successiva pronuncia della Corte costituzionale del 28.7.1976, n. 202, adottata a seguito di alcuni procedimenti penali aventi ad oggetto l'attività di trasmissione di diverse emittenti private locali prive di autorizzazione. In quella sede la Corte, confermando alcuni suoi precedenti secondo cui il presupposto che giustifica, su scala nazionale, la riserva dell'attività radiotelevisiva allo Stato, vale a dire la limitatezza dei canali utilizzabili, non sussiste a livello locale, ha dichiarato l'incostituzionalità del monopolio statale per le trasmissioni locali via etere, escludendo, invece, quella della riserva statale delle trasmissioni su scala nazionale avuto riguardo alla tradizionale qualificazione di questo come *«servizio pubblico essenziale e di preminente interesse generale»*.

La parte dirimente di questa decisione è quella in cui la Corte ha sollecitato nuovamente un intervento del legislatore nazionale affinché *«stabilisca l'organo dell'amministrazione centrale dello Stato competente a provvedere all'assegnazione delle frequenze ed all'effettuazione dei conseguenti controlli, e fissi le condizioni che consentano l'autorizzazione all'esercizio di tale diritto in modo che questo si armonizzi e non contrasti con il preminente interesse generale di cui sopra e si svolga sempre nel rigoroso rispetto dei doveri ed obblighi, anche internazionali, conformi a Costituzione»*.

Inoltre, ammonisce la Corte, ove ricorrano le condizioni prefissate dalla legge, il rilascio dell'autorizzazione per lo svolgimento dell'attività radiotelevisiva è vincolato e non subordinato all'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione.

Ancorché nuovamente sollecitato dal Giudice delle Leggi, l'intervento regolatorio del legislatore tardava ad arrivare.

È accaduto, quindi, che l'evoluzione, in senso lato concorrenziale, del sistema è avvenuto in via di fatto, con lo sviluppo di un meccanismo modellato sulle *syndication* statunitensi: le emittenti locali, pur restando indipendenti tra loro, si collegavano per un certo numero di ore ad un'emittente capofila e, trasmettendo contemporaneamente i medesimi programmi su scala locale, davano vita a una sorta di trasmissione omogenea a livello nazionale.

In questo modo, anche se in via di fatto, l'ingresso di emittenti privati su scala nazionale si era realizzato.

In tale periodo, significativamente denominato del *«caos dell'etere»*, accanto alle trasmissioni della RAI, concessionaria in esclusiva, su scala nazionale andava in onda anche tale programmazione generata dal collegamento tra emittenti locali diverse e lontane.

Tale espansione delle emittenti private su scala nazionale, ovviamente, ha incontrato la forte resistenza della RAI la cui opposizione dette luogo a molteplici controversie giudiziarie.

In primo luogo, ciò ha comportò, l'ennesimo intervento della Corte costituzionale che, con la sentenza 14.4.1981, n. 148, pur riaffermando il monopolio della RAI, in considerazione del fatto che l'aumento della disponibilità delle frequenze non è valso a escludere il rischio di oligopoli privati, tuttavia ha mostrato qualche apertura nella misura in cui il legislatore, *«affrontando in modo completo e approfondito il*

problema della regolamentazione delle tv private, apprestasse un'adeguata normativa antitrust, al fine di ostacolare in modo effettivo il realizzarsi di concentrazioni monopolistiche od oligopolistiche.

In secondo luogo, con le sentenze del 13, 15 e 16 ottobre 1984, i Pretori di Torino, Roma e Pescara disposero il sequestro penale degli impianti di alcune emittenti private che, collegate tra di loro, trasmettevano programmi su scala nazionale secondo il metodo sopra descritto.

Tali trasmissioni erano ritenute contrarie al sistema delineato dalla l. n. 103/1975 che ancora prevedeva il monopolio statale della programmazione a livello nazionale.

Anche a seguito del forte coinvolgimento dell'opinione pubblica causato dal *black out* totale di tali trasmissioni, furono adottate diverse misure legislative volte a bloccare tali interventi inibitori della magistratura. In particolare, fu adottato il d.l. 6.12.1984, n. 807 che, convertito dalla l. 4.2.1985, n. 10, consentì la prosecuzione dell'attività delle singole emittenti radiotelevisive private con gli impianti di radiodiffusione già in funzione alla data del 1° ottobre 1984, fermo restando il divieto di determinare situazioni di incompatibilità con i pubblici servizi e, in particolare, stabilì che *«sono provvisoriamente consentiti, per ogni singola emittente, ponti radio tra i propri studi di emissione, i rispettivi trasmettitori e tra gli stessi ed i ripetitori con le caratteristiche tecniche in atto».*

La permanente assenza di una regolamentazione compiuta del settore, peraltro, dette luogo all'inevitabile ulteriore intervento della Corte costituzionale che, nella sentenza 14.7.1988, n. 826, dopo aver icasticamente riconosciuto che *«il vuoto legislativo, protrattosi per un notevole periodo di tempo, ha oggettivamente favorito il proliferare incontrollato dell'emittenza privata che - senza richiedere la "previa" autorizzazione pur ritenuta necessaria da questa Corte, seguita in ciò dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato - procedeva ad un'invasione dell'etere, sconfinando anche in bande assegnate ad altri utilizzatori»*, ha ribadito l'esigenza di una tutela legislativa del pluralismo dell'informazione, valore che deve essere difeso contro il rischio dell'insorgenza di posizioni dominanti o comunque preminenti.

I tempi, quindi, erano maturi per una regolamentazione legislativa del settore che definisse le modalità di svolgimento dell'iniziativa economica privata nel campo delle comunicazioni.

2.3 Il sistema radiotelevisivo misto

In seguito si rese necessaria una disciplina legislativa per recepire e attuare la direttiva comunitaria n. 1989/552/CEE (*«Televisione senza frontiere»*): fu così adottata la l. 6.8.1990, n. 223 (cd. legge Mammì, dal nome del Ministro delle Poste e delle Telecomunicazioni Oscar Mammì).

Tale legge rappresenta la prima normativa organica del settore: con essa si realizzò il sistema radiotelevisivo *«misto»* pubblico-privato (già sviluppatosi in via di fatto) e venne istituito, seguendo le sollecitazioni della giurisprudenza costituzionale che aveva richiesto un organo di governo del sistema, il Garante per la radiodiffusione e l'editoria.

Tale intervento legislativo si è inserito in un panorama in cui si era sviluppata, accanto all'esclusiva della RAI, una posizione preminente della Fininvest nell'ambito della televisione privata.

La legge, per un verso, ha stabilito che *«la diffusione di programmi radiofonici o televisivi, realizzata con qualsiasi mezzo tecnico, ha carattere di preminente interesse generale»* (art. 1) e, per altro, contiene un esplicito riferimento al pluralismo dell'informazione considerato, dall'elaborazione della giurisprudenza costituzionale e della dottrina, un principio fondamentale nell'ambito dei mezzi di comunicazione di massa (art. 2).

Inoltre, ha introdotto un piano nazionale di ripartizione delle radiofrequenze che, dividendo il territorio nazionale in bacini di utenza, individua le varie bande di frequenza fruibili dai servizi di telecomunicazioni.

Al Garante, che è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, su proposta formulata d'intesa dai Presidenti del Senato della Repubblica e della Camera dei deputati tra coloro che abbiano ricoperto la carica di giudice della Corte costituzionale, di presidente di sezione della Corte di cassazione, tra i professori universitari ordinari nelle discipline giuridiche, aziendali o economiche, nonché tra esperti di riconosciuta competenza nel settore delle comunicazioni di massa, la legge attribuisce le seguenti funzioni: tenere il registro nazionale delle imprese radiotelevisive previsto dall'articolo 12 della medesima legge nonché il registro nazionale della stampa di cui all'articolo 11 della legge 5 agosto 1981, n. 416, e successive modificazioni; esaminare i bilanci e l'annessa documentazione dei concessionari privati, dei titolari di autorizzazione di cui all'articolo 38 della legge 14 aprile 1975, n. 103, e della concessionaria pubblica, nonché, ove lo ritenga, bilanci e documentazioni delle imprese di produzione o di distribuzione di programmi o concessionarie di pubblicità; compiere l'attività istruttoria ed ispettiva necessaria per lo svolgimento delle proprie funzioni, avvalendosi anche dei competenti organi dell'Amministrazione delle poste e delle telecomunicazioni, nonché dei servizi di controllo e vigilanza dell'Amministrazione finanziaria dello Stato ed altresì esercitando, con riferimento alle imprese di cui all'articolo 12 della presente legge, i poteri previsti dall'articolo 9, terzo e quarto comma, della legge 5 agosto 1981, n. 416, e successive modificazioni ed integrazioni, per il Garante dell'attuazione della legge sull'editoria; vigilare sulla corretta applicazione di questa disciplina e svolgere la conseguente ed eventuale attività sanzionatoria

in caso di inosservanza delle previsioni legislative; vigilare sulla rilevazione e pubblicazione degli indici di ascolto delle emittenti e reti radiofoniche e televisive pubbliche e private anche avvalendosi di organismi specializzati.

A questa Autorità monocratica, quindi, erano attribuiti compiti sia di tutela della concorrenza nel settore della stampa che di regolamentazione dell'emittenza radiotelevisiva.

La cd. Legge Mammì, inoltre, ha introdotto delle previsioni volte a evitare la formazione di posizioni dominanti nell'utilizzo dei mezzi di comunicazione di massa.

In quest'ottica, l'art. 15 ha vietato di essere titolare: di una concessione per radiodiffusione televisiva in ambito nazionale, qualora si abbia il controllo di imprese editrici di quotidiani la cui tiratura annua abbia superato nell'anno solare precedente il 16 per cento della tiratura complessiva dei giornali quotidiani in Italia; di più di una concessione per radiodiffusione televisiva in ambito nazionale, qualora si abbia il controllo delle imprese editrici di quotidiani la cui tiratura superi l'8 per cento della tiratura complessiva dei giornali d'Italia; di più di due concessioni per radiodiffusione televisiva in ambito nazionale qualora si abbia il controllo di imprese editrici di quotidiani la cui tiratura complessiva sia inferiore a quella prevista dal precedente punto n. 2.

Il comma 4 del medesimo articolo, poi, ha stabilito che le concessioni nazionali di radiodiffusione rilasciate complessivamente al un medesimo soggetto ovvero a soggetti i quali a loro volta controllino altri titolari di concessione, non possono superare il 25 per cento del numero di reti nazionali previste dal piano di assegnazione e comunque il numero di tre.

È importante segnalare che dopo pochi anni la Corte costituzionale, nella sentenza n. 420/1994, ha ritenuto tale ultima previsione non conforme a Costituzione, in quanto, consentendo un'eccessiva presenza di un medesimo operatore nel complessivo settore dell'informazione, avrebbe potuto limitare il diritto all'informazione e il pluralismo. Secondo la Corte, infatti, tale norma non ha evitato *«la formazione di posizioni dominanti che in questo settore possono non solo alterare le regole della concorrenza, ma anche condurre ad una situazione di oligopolio, che in sé pone a rischio il valore fondamentale del pluralismo delle voci, espressione della libera manifestazione del pensiero»*, consentendo, al contrario, una *«posizione di preminenza di un soggetto o di un gruppo privato»*.

In altri termini, è stata ritenuta incostituzionale la possibilità per uno stesso soggetto di essere titolare di tre delle nove concessioni per reti televisive assenti ai privati su scala nazionale.

L'art. 16 disciplinava i criteri e le modalità per il rilascio di concessioni per l'installazione e l'esercizio di impianti di radiodiffusione sonora e televisiva privata. Queste, secondo quanto previsto dal comma 17, dovevano essere rilasciate agli operatori sulla base di criteri oggettivi che tenessero conto della potenzialità economica, della qualità della programmazione prevista e dei progetti radioelettrici e tecnologici. Per i richiedenti che avessero già effettuato trasmissioni radiotelevisive, si sarebbe valutata anche la presenza sul mercato, le ore di trasmissione effettuate, la qualità dei programmi, le quote percentuali di spettacoli e servizi informativi autoprodotti, il personale dipendente e gli indici di ascolto rilevati.

2.4 Dalla cd. legge Maccanico alla cd. legge Gasparri

A fronte della dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 15 della l. n. 223/1990, il legislatore è intervenuto nuovamente in materia con la l. 31.7.1997, n. 249, cd. legge Maccanico, dal nome dell'allora Ministro delle Poste e delle Telecomunicazioni.

Con tale legge si è istituita l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (AGCOM), che formerà oggetto di approfondimento *infra* (cfr. par. 8) e si è modificata la denominazione del Ministero in *«Ministero delle comunicazioni»*.

Di particolare rilievo è la previsione di cui all'art. 2, comma 2, secondo cui nei settori delle comunicazioni sonore e televisive è vietato qualsiasi atto o comportamento avente per oggetto o per effetto la costituzione o il mantenimento di una posizione dominante da parte di uno stesso soggetto anche attraverso soggetti controllati e collegati.

In definitiva, con tale disposizione sono stati espressamente vietati gli atti e i comportamenti che determinano una posizione dominante nel mercato di riferimento.

Il comma successivo ha sanzionato con la nullità *«gli atti giuridici, le operazioni di concentrazione e le intese che contrastano con i divieti di cui al presente articolo»*.

Inoltre, il comma 8, lett. a), ha stabilito che *«i soggetti destinatari di concessioni televisive in ambito nazionale anche per il servizio pubblico, di autorizzazioni per trasmissioni codificate in ambito nazionale, ovvero di entrambi i provvedimenti possono raccogliere proventi per una quota non superiore al 30 per cento delle risorse del settore televisivo in ambito nazionale riferito alle trasmissioni via etere terrestri e codificate»*.

Un ulteriore limite alla formazione di posizioni dominanti è rappresentato dal divieto, per lo stesso soggetto o per soggetti collegati, di essere titolare di concessioni o autorizzazioni che consentano di

irradiare più del 20 per cento delle reti televisive analogiche e dei programmi televisivi in ambito nazionale trasmessi su frequenze terrestri sulla base del piano delle frequenze.

Nuove norme sono state introdotte in materia di pianificazione delle frequenze: il Ministro delle comunicazioni, con decreto, approva uno schema di piano nazionale di ripartizione delle frequenze su cui la Commissione per le infrastrutture e le reti, istituita presso l'AGCOM, deve rendere un parere; la Commissione, avvalendosi anche degli organi del Ministero delle comunicazioni e sentite la concessionaria pubblica e le associazioni a carattere nazionale dei titolari di emittenti o reti private, elabora i piani di assegnazione delle frequenze, che saranno approvati dall'AGCOM, nel rispetto del piano nazionale di ripartizione delle frequenze.

La l. n. 249/1997 ha confermato il regime concessorio per l'esercizio dell'attività radiotelevisiva da parte dei privati.

Tali concessioni, con durata di sei anni, possono essere rilasciate, nel rispetto delle condizioni definite in un regolamento adottato dall'AGCOM, a società per azioni, in accomandita per azioni, a responsabilità limitata e cooperative.

L'art. 3, comma 3, ha previsto alcuni criteri direttivi per il regolamento dell'AGCOM per il rilascio delle concessioni, distinguendo, in particolare, le emittenti nazionali da quelle locali.

Per le emittenti radiotelevisive nazionali dovrà essere prevista, in primo luogo, una misura adeguata del capitale e la previsione di norme che consentano la massima trasparenza societaria e, in secondo, una distinzione, fra i soggetti richiedenti la concessione, delle emittenti che, in base al progetto editoriale presentato, garantiscano: una proposta di produzioni destinate a diversificare l'offerta in relazione alle condizioni di mercato, una quota rilevante di autoproduzione e di produzione italiana ed europea, una consistente programmazione riservata all'informazione, un adeguato numero di addetti, piani di investimento coordinati con il progetto editoriale.

Per quanto riguarda, invece, le emittenti radiotelevisive locali e la radiodiffusione sonora nazionale, il regolamento dovrà avere, come criteri direttivi: la semplificazione delle condizioni, dei requisiti soggettivi e delle procedure di rilascio delle concessioni; la distinzione delle emittenti radiotelevisive locali in emittenti aventi scopi esclusivamente commerciali ed emittenti con obblighi di informazione in base a criteri che verranno stabiliti dall'AGCOM; la previsione di norme finalizzate a favorire la messa in comune di strutture di produzione e di trasmissione, gli investimenti tecnici e produttivi, le compravendite di aziende, impianti o rami di aziende, le dismissioni e le fusioni nonché la costituzione di consorzi di servizi e l'ingresso delle emittenti radiotelevisive locali nel mercato dei servizi di telecomunicazioni; la possibilità per le emittenti radiotelevisive locali di trasmettere programmi informativi differenziati per non oltre un quarto delle ore di trasmissione giornaliera in relazione alle diverse aree territoriali comprese nel bacino di utenza; la previsione di norme specifiche in materia di pubblicità, sponsorizzazioni e televendite. Inoltre, nel sistema radiotelevisivo nazionale, assumono particolare valore le emittenti locali che decidono di dedicare almeno il 70 % della programmazione monotematica quotidiana a temi di chiara utilità sociale, quali salute, sanità e servizi sociali.

Particolarmente rilevante è anche la nuova regolamentazione delle reti.

In proposito, si è stabilito che l'installazione delle reti di telecomunicazione via cavo o che utilizzano frequenze terrestri è subordinata al rilascio di una licenza da parte dell'AGCOM.

Eguale subordinati al rilascio di licenze e autorizzazioni da parte dell'AGCOM sono l'esercizio delle reti di telecomunicazione e la fornitura di servizi.

Peraltro, il legislatore ha ritenuto opportuno distinguere la realizzazione di reti dallo svolgimento di altre attività nel settore delle telecomunicazioni, stabilendo che le società titolari di servizi di pubblica utilità che hanno realizzato, per le proprie esigenze, reti di telecomunicazione, sono tenute a costituire società separate per lo svolgimento di qualunque attività nel medesimo settore.

È stato previsto poi che gli impianti oggetto di concessione radiotelevisiva possono essere utilizzati anche per la distribuzione di servizi di telecomunicazioni con la precisazione, però, che i titolari di concessioni in ambito locale sono tenuti alla separazione contabile dell'attività radiotelevisiva da quella svolta nel settore delle telecomunicazioni, mentre i titolari di concessioni per emittenti nazionali sono tenuti a costituire società separate per la gestione degli impianti.

Norme importanti sono previste in materia di *interconnessione, accesso e servizio universale*. Infatti, i soggetti titolari di licenze o autorizzazione per l'installazione delle reti o per la fornitura di servizi di telecomunicazioni nonché i soggetti titolari di autorizzazione per l'esercizio di reti devono regolare i rapporti di interconnessione e di accesso sulla base di negoziazione nel rispetto, per un verso, delle regole emanate dall'Autorità e, per altro, di alcuni principi fondamentali, quali la promozione di un mercato competitivo delle reti e dei servizi, la garanzia dell'interconnessione tra le reti e i servizi sui mercati locali, nazionali e dell'Unione europea e la garanzia di comunicazione tra i terminali degli utenti, ove compatibili, di non discriminazione e di proporzionalità di obblighi e di diritti tra gli operatori ed i fornitori.

In definitiva, la cd. legge Macanico era volta, da un lato, a introdurre una normativa più completa in materia di comunicazione televisiva e, dall'altro, a dettare norme a tutela della concorrenza, in conformità al principio di pluralismo richiamato sia dalla precedente l. 23/1990 che, soprattutto, dalla fondamentale elaborazione della giurisprudenza costituzionale.

L'ambizione di introdurre una disciplina organica del settore radiotelevisivo fu alla base anche del successivo intervento del legislatore.

2.5 Aspetti fondamentali della disciplina vigente

Con la l. 3.5.2004, n. 112 (cd. legge Gasparri, dal nome dell'allora Ministro delle comunicazioni), infatti, sono state dettate *«Norme di principio in materia di assetto del sistema radiotelevisivo e della RAI-Radiotelevisione italiana S.p.a., nonché delega al Governo per l'emanazione del testo unico della radiotelevisione»*.

In applicazione della delega contenuta nell'art. 16 della legge, è stato adottato il d.lgs. 31.7.2005, n. 177 (*«Testo unico dei servizi di media audiovisivi e radiofonici»*) che, successivamente più volte modificato, ad esempio con il d.lgs. 15.3.2010, n. 44, contiene tuttora le norme fondamentali della materia.

Il fattore tecnologico ó che, come si è osservato, ha sempre accompagnato le evoluzioni normative in questa materia ó ha giocato un ruolo particolarmente rilevante nella nuova disciplina che, da un lato, ha incentivato il passaggio alla tecnica del cd. digitale terrestre e, dall'altro, ha favorito il processo di convergenza tra la radiotelevisione e altri settori affini, come le telecomunicazioni, internet e l'editoria.

Per quanto riguarda il primo aspetto, il passaggio dalla tradizionale televisione analogica alla televisione digitale terrestre, avvenuto in Italia in attuazione di alcune raccomandazioni comunitarie, rappresenta un momento di grande rilievo in quanto l'ampliamento del numero delle frequenze disponibili, reso possibile dalle sue caratteristiche tecniche, è in grado di produrre effetti molto positivi sulla concorrenza nel mercato e sul pluralismo informativo.

La televisione digitale terrestre, oltre ad essere caratterizzata da una qualità migliore delle immagini, ad alta definizione, supporta una nuova concezione del mezzo televisivo che, grazie a strumenti interattivi e multimediali, avvicina il settore delle telecomunicazioni a quello dell'informatica.

In tema di radiodiffusione in tecnica digitale, era già stato adottato il regolamento n. 435/2001 dell'AGCOM con cui, oltre a compiere un importante passo verso il superamento del modulo concessorio, sono state distinte le figure dell'operatore di rete, del fornitore di contenuti e del prestatore di servizi, attribuendo a ciascuno specifici ruoli. In particolare, dall'operatore di rete, ovvero l'impresa che installa e gestisce la rete, cedendone a terzi la capacità trasmissiva, si distingue il fornitore di contenuti, ovvero il produttore di ciò che su quella rete va trasmesso. Le nuove frontiere dell'attività televisiva aperte dalla tecnica digitale, in cui le medesime frequenze sono utilizzate per trasmettere, oltre alla consueta programmazione, anche una molteplicità di servizi interattivi, hanno comportato l'introduzione della nuova figura del prestatore di servizi.

Con riferimento al processo di convergenza cui si è fatto cenno poco sopra, è interessante osservare come il legislatore abbia regolamentato congiuntamente le trasmissioni di programmi televisivi, di programmi radiofonici e di programmi dati, anche ad accesso condizionato, nonché la fornitura di servizi interattivi associati e di servizi di accesso condizionato, su frequenze terrestri, via cavo e via satellite.

Tra i principi fondamentali del complessivo settore delle comunicazioni, la nuova disciplina conferma la garanzia della libertà e del pluralismo dei mezzi di comunicazione radiotelevisiva, la tutela della libertà di espressione, inclusa la libertà di opinione e quella di ricevere o di comunicare informazioni o idee senza limiti di frontiere, l'obiettività, la completezza, la lealtà e l'imparzialità dell'informazione, la tutela dei diritti d'autore e di proprietà intellettuale, l'apertura e la salvaguardia delle diversità sociali e culturali, della dignità della persona, della promozione e tutela del benessere, della salute e dell'armonico sviluppo fisico, psichico e morale del minore.

Particolarmente rilevante è la connessione operata tra tutela della concorrenza nel settore radiotelevisivo e nel mercato della pubblicità, da un lato, e pluralismo informativo dall'altro.

La tutela della concorrenza nel mercato di riferimento viene intesa anche come strumento di garanzia del pluralismo informativo. Diverse sono le previsioni introdotte in tal senso.

In primo luogo, si ribadisce il divieto di costituire posizioni dominanti sul mercato, introducendo nuovi criteri per stabilire i limiti di concentrazione. Inoltre, vengono distinte le attività di operatore di rete e di fornitore di servizi, prevedendo la necessità di ottenere differenti titoli abilitativi per l'esercizio di ciascuna di esse. Il gestore della rete non può effettuare discriminazioni e deve assicurare la parità di trattamento delle varie emittenti e dei vari fornitori di servizi. Al contempo, le emittenti hanno diritto a effettuare collegamenti in diretta e di trasmettere dati e informazioni all'utenza sulle stesse frequenze messe a disposizione dall'operatore di rete. È previsto, poi, l'obbligo per le emittenti, anche analogiche, operanti in ambito nazionale e per la concessionaria del servizio pubblico generale radiotelevisivo, di diffondere il medesimo contenuto su tutto il territorio per il quale è stato rilasciato il titolo abilitativo.

Una rilevanza particolare assume l'art. 14 della l. n. 112/2004 che rapporta l'accertamento delle posizioni dominanti al Sistema Integrato delle Comunicazioni (SIC) disciplinato dall'art. 2, lett. g). Il mercato di riferimento, quindi, che rappresenta il parametro cui vanno rapportate le eventuali posizioni dominanti, assume una connotazione particolarmente ampia, considerato che esso comprende le seguenti attività: *«stampa quotidiana e periodica; editoria annuaristica ed elettronica anche per il tramite di INTERNET; radio e televisione; cinema; pubblicità esterna; iniziative di comunicazione di prodotti e servizi; sponsorizzazioni»*.

Le possibili criticità di una siffatta estensione del mercato di riferimento sono state poste in rilievo, insieme ad altri aspetti, nel messaggio del 15 dicembre 2003 con cui il Presidente della Repubblica aveva chiesto alle Camere, come previsto dell'articolo 74, comma 1, Cost., una nuova deliberazione sul testo della legge in quanto *«il sistema integrato delle comunicazioni (SIC) - assunto della legge in esame come base di riferimento per il calcolo dei ricavi dei singoli operatori di comunicazione - potrebbe consentire, a causa della sua dimensione, a chi ne detenga il 20 per cento (articolo 15, secondo comma, della legge) di disporre di strumenti di comunicazione in misura tale da dar luogo alla formazione di posizioni dominanti»*.

La nuova disciplina del settore radiotelevisivo regola anche il servizio pubblico generale radiotelevisivo che deve essere affidato per concessione a una società per azioni.

L'art. 45 del t.u. n. 177/2005 stabilisce i compiti e le funzioni del servizio pubblico. In particolare, esso deve garantire, tra l'altro, sia la diffusione di tutte le trasmissioni televisive e radiofoniche di pubblico servizio della società concessionaria con copertura integrale del territorio nazionale che un adeguato numero di ore, anche nelle fasce di maggiore ascolto, di trasmissioni dedicate all'educazione, all'informazione, alla formazione e alla promozione culturale.

Con gli ultimi interventi normativi sono state implementate anche le funzioni degli enti locali: le Regioni, infatti, sono titolari di una competenza legislativa concorrente, da svolgersi nell'ambito dei principi indicati con legge statale, nonché delle connesse funzioni amministrative.

Le funzioni e le principali attribuzioni degli enti locali nell'ambito della regolamentazione del mercato delle comunicazioni formeranno comunque oggetto di analisi nel prosieguo.

3. Il settore delle comunicazioni elettroniche

Come già accennato, la sempre maggior interazione tra i vari strumenti di comunicazione, resa possibile dai recenti sviluppi tecnologici, ha determinato la necessità di una loro regolamentazione comune, anche dal punto di vista legislativo⁴.

In quest'ottica, assume una particolare rilevanza il settore delle comunicazioni elettroniche, interessato anch'esso da un importante processo di liberalizzazione che ha determinato il superamento della tradizionale riserva statale, consentendo il graduale ingresso nel mercato di nuovi operatori economici⁵.

L'aspetto tecnologico ha giocato un ruolo determinante nell'evoluzione legislativa del mercato delle comunicazioni elettroniche che, essendo inizialmente circoscritto al solo servizio di telefonia vocale, rappresenta oggi un settore particolarmente evoluto e al centro della vita economica e sociale.

Il nucleo fondamentale della disciplina è rappresentato dal d.lgs. 1.8.2003, n. 259 (*«Codice delle comunicazioni elettroniche»*) adottato sulla base di diverse direttive comunitarie.

In quest'ambito, infatti, l'intervento europeo è stato particolarmente rilevante, non solo in vista dell'integrazione del mercato interno, ma anche per garantire l'esplicazione del principio di libera concorrenza nonché la tutela dei diritti dei consumatori⁶.

⁴ Sulle complessive problematiche relative alla disciplina delle comunicazioni elettroniche, G. DELLA CANANEA, *Il nuovo governo delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli, 2005; G. MORBIDELLI, F. DONATI (a cura di) *La nuova disciplina delle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli, 2009; R. PEREZ (a cura di), *Disciplina europea delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004; M. CLARICH, G.F. CARTEI (a cura di), *Il codice delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁵ Sui profili di interconnessione tra regolazione e concorrenza in questo particolare settore, F. MERUSI, *Il diritto amministrativo comune nelle comunicazioni elettroniche. Il contraddittorio sul «progetto» dalla proprietà all'impresa*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 6/2004, 1269 ss.; M. CLARICH, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, in R. PEREZ, *Il nuovo ordinamento delle comunicazioni elettroniche*, Milano, Giuffrè, 2004, 15 ss.; R. PEREZ, *Telecomunicazioni e concorrenza*, Milano, Giuffrè, 2002; M. LIBERTINI, *Regolazione e concorrenza nel settore delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2/2005, 195 ss.; S. CASSANO, *Regolazione e concorrenza nei mercati emergenti delle comunicazioni elettroniche*, in *Giorn. dir. amm.*, 7/2007, 731 ss.

Il primo passo fu fatto nel 1987 con il *Libro verde sullo sviluppo del mercato comune dei servizi ed apparati di telecomunicazioni* della Commissione che ha rappresentato la base per alcune direttive di liberalizzazione del mercato e di armonizzazione della disciplina.

Il passaggio successivo avvenne con il *Libro verde sulla convergenza* del 1997, sempre allo scopo di favorire l'apertura del mercato, che ha esteso l'applicazione delle nuove regole a tutte le reti adatte alla trasmissione di segnali elettronico-digitali. Sulla base di questo libro verde sono poi state adottate nel 2002 una direttiva quadro e quattro direttive specifiche aventi ad oggetto l'accesso, le autorizzazioni, il servizio universale e la privacy.

Con questa disciplina è stato istituito anche un importante sistema di coordinamento tra Autorità regolatorie nazionali di settore, Autorità nazionali di tutela della concorrenza e Commissione europea, al fine rendere coerente l'applicazione della normativa nei vari Paesi membri e nel mercato comune⁷.

Nel 2009, infine, è stata adottata la direttiva n. 2009/140/CE al fine di migliorare la regolamentazione di settore, consolidare il mercato unico delle comunicazioni elettroniche e assicurare una tutela più efficace dei diritti dei consumatori.

Quanto all'ambito di applicazione, la normativa introdotta dal codice è volta a fornire una completa regolamentazione del settore, disciplinando non solo tutte le reti e le infrastrutture di comunicazione elettronica, ma anche la molteplicità dei servizi ad esse collegate.

La disciplina delle comunicazioni elettroniche, inoltre, mira a garantire il rispetto del principio di neutralità tecnologica, inteso come non discriminazione tra particolari tecnologie, non imposizione dell'uso di una particolare tecnologia rispetto alle altre e possibilità di adottare provvedimenti ragionevoli al fine di promuovere taluni servizi indipendentemente dalla tecnologia utilizzata (art. 4, comma 3, lett. h), d.lgs. n. 259/2003).

In altri termini, secondo il disegno normativo, per un verso, possono essere utilizzati tutti i tipi di tecnologie sulle frequenze riservate ai servizi di comunicazione elettronica e, per altro, agli operatori è consentito di utilizzare i diritti d'uso delle frequenze per fornire tutti i tipi di servizi di comunicazioni elettroniche.

In definitiva, in base al principio della neutralità tecnologica, tutte le tecnologie che consentono la diffusione di segnali rientranti nel genere delle comunicazioni elettroniche sono assoggettate al medesimo quadro normativo.

In quest'ottica, il Ministero delle comunicazioni e l'AGCOM devono tenere *oim massima considerazione l'obiettivo di una regolamentazione tecnologicamente neutrale, nel rispetto dei principi di garanzia della concorrenza e non discriminazione tra imprese* (art. 13, comma 2, d.lgs. n. 259/2003).

Fra le previsioni più rilevanti di tale disciplina, vi è sicuramente il regime autorizzatorio stabilito per lo svolgimento dell'attività di impresa.

In particolare, l'art. 25 del Codice stabilisce che l'attività di fornitura di reti o servizi di comunicazione elettronica è libera e assoggettata al regime giuridico dell'autorizzazione generale: tale modulo autorizzatorio non richiede non l'emanazione di un formale provvedimento amministrativo ma soltanto la presentazione al Ministero, da parte dell'impresa in possesso dei requisiti predeterminati dalla legge per l'esercizio dell'attività, di una dichiarazione che vale come denuncia di inizio attività, modellata sull'art. 19, l. n. 241/1990.

Tale regime comporta che, dopo aver presentato la dichiarazione, l'impresa può direttamente iniziare l'attività senza dover attendere un provvedimento amministrativo concessorio o autorizzatorio. All'amministrazione rimane solo il potere, nei sessanta giorni successivi, di verificare il possesso, da parte del dichiarante, dei requisiti prescritti dalla legge e, in caso negativo, di inibire la prosecuzione dell'attività.

L'autorizzazione generale ha durata non superiore a venti anni e può essere rinnovata.

Un'autorizzazione generale può essere ceduta a terzi, anche parzialmente e sotto qualsiasi forma, previa comunicazione al Ministero, nella quale siano chiaramente indicati le frequenze radio ed i numeri oggetto di cessione. Il Ministero, entro sessanta giorni dalla presentazione della relativa istanza da parte dell'impresa cedente, può comunicare il proprio diniego fondato sulla non sussistenza in capo all'impresa cessionaria dei requisiti oggettivi e soggettivi per il rispetto delle condizioni di cui all'autorizzazione medesima.

Infine, con riguardo al profilo della tutela giurisdizionale, è interessante segnalare che il codice del processo amministrativo ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione delle controversie aventi ad oggetto i provvedimenti in materia di comunicazioni elettroniche, compresi

⁶ Su tali aspetti, I. CHIEFFI, *L'integrazione amministrativa europea nelle comunicazioni elettroniche*, Torino, Giappichelli, 2006.

⁷ Sui rapporti tra i vari organismi regolatori, L. SALTARI, *La regolazione asimmetrica nelle comunicazioni elettroniche tra AGCM, AGCOM, e Giudice amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 11/2006, 1212 ss.

quelli relativi all'imposizione di servitù, nonché i giudizi riguardanti l'assegnazione di diritti d'uso delle frequenze e le relative procedure.

4. Dalla concessione ai titoli autorizzatori: liberalizzazione e riduzione della discrezionalità della P.A.

Come già detto, l'accesso delle imprese al complessivo mercato delle comunicazioni è stato variamente e differentemente caratterizzato nel corso dell'evoluzione legislativa.

È agevole avvedersi, in via esemplificativa, di come si sia passati dal rigido regime concessorio inizialmente previsto per lo svolgimento di attività radiofoniche e radiotelevisive all'attuale modello di accesso al mercato delle comunicazioni elettroniche o ormai completamente liberalizzato o basato sull'autorizzazione generale⁸.

In altri termini, il provvedimento amministrativo adottato discrezionalmente dall'amministrazione è stato sostituito da un'autorizzazione il cui rilascio è subordinato soltanto all'accertamento della sussistenza dei requisiti e presupposti predeterminati a livello legislativo⁹.

In tal modo, anche sulla spinta del diritto europeo, finalizzato a garantire la libertà del mercato interno, sono stati progressivamente ridotti i vincoli, quantomeno procedurali, all'accesso delle imprese al mercato. Tali vincoli, infatti, rappresentano un chiaro indice negativo della concorrenzialità del mercato, offrendo la possibilità agli *incumbents* di aumentare discrezionalmente il prezzo dei prodotti sopra il livello concorrenziale.

La discrezionalità delle pubbliche amministrazioni nel rilascio del titolo abilitativo all'esercizio dell'attività imprenditoriale in particolari settori si è, quindi, progressivamente ridotta.

Le direttive comunitarie, adottate non solo nel campo delle comunicazioni elettroniche ma anche in quello finanziario, hanno introdotto il modello delle autorizzazioni obbiettivate, fondate soltanto sull'accertamento della sussistenza di alcuni presupposti oggettivi prefissati dalla legge.

In questo schema, quindi, la discrezionalità nello stabilire *ex ante* il rilascio di un titolo abilitativo viene ridotta o, talvolta, eliminata in capo all'amministrazione alla quale rimane soltanto il potere verificare *ex post*, per un verso, l'esistenza dei requisiti oggettivi legalmente predeterminati e, per altro, l'osservanza delle condizioni previste nell'autorizzazione generale.

Peraltro, è interessante segnalare come la riduzione della discrezionalità dei pubblici poteri nel determinare l'accesso al mercato delle comunicazioni fosse stata in qualche modo anticipata molti anni prima dalla Corte costituzionale.

Nella sentenza n. 202/1976, ripercorrendo alcune considerazioni già svolte nella sentenza n. 226/1974, il Giudice delle Leggi, in materia radiotelevisiva, aveva affermato che: *«dove concorrano le condizioni (i), il rilascio dell'autorizzazione è vincolato e non meramente discrezionale, con tutte le conseguenze giuridiche che tale natura dell'atto comporta nel nostro ordinamento»*.

5. Persistente intervento pubblico nella regolazione

Il mercato delle comunicazioni è stato interessato da una progressiva apertura alla concorrenza e da un importante processo di liberalizzazione.

È opportuno sin d'ora chiarire e precisare ora, comunque, che l'impatto delle liberalizzazioni e della globalizzazione del mercato non conduce automaticamente a una diminuzione della regolazione pubblica dell'economia.

Anzi, è vero il contrario. L'apertura dei mercati alla concorrenza, infatti, non ha coinciso con la loro assoluta deregolamentazione.

È proprio nel momento in cui un settore viene liberalizzato che si rende necessaria una più efficace regolamentazione amministrativa del mercato, per consentire il raggiungimento della finalità principale delle liberalizzazioni, ovvero il superamento dei monopoli e l'ingresso di più operatori economici.

Ciò avviene, ad esempio, con le cd. misure asimmetriche con cui, da un lato, si impongono obblighi agli ex monopolisti e, dall'altro, si attribuiscono vantaggi ai cd. *newcomers*.

Vi è, quindi, una persistenza della regolazione pubblica dell'economia.

Ciò accade, parimenti, anche nel caso in cui il mercato di riferimento sia stato interessato da processi di deregolazione o di privatizzazione.

⁸ *Amplius* sul regime dell'accesso degli operatori economici al mercato delle comunicazioni, F. GIGLIONI, *La regolazione dell'accesso nel mercato delle comunicazioni*, in *Dir. Amm.*, 1/2001, 85 ss.

⁹ Sul concetto di autorizzazione vincolata, M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, 99 ss.; A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2008, 342 ss.

Infatti, nel primo caso, alle deregolazioni, attuate principalmente in un'ottica di semplificazione dell'azione amministrativa, si è quasi sempre accompagnata l'introduzione di altri e diversi tipi di misure di regolazione.

Allo stesso modo, neanche nel secondo, invece, i processi di privatizzazione hanno comportato il declino assoluto della regolamentazione amministrativa. Anzi è proprio in considerazione di processi così importanti che l'adozione di misure pubbliche di regolazione dell'economia si rendono necessarie per assicurare la piena concorrenzialità del mercato.

6. Rapporto tra regolazione settoriale e concorrenza

Nel paragrafo precedente si è posta in luce la continuità della regolazione pubblica dell'economia pur a fronte dei processi di globalizzazione, liberalizzazione, deregolazione e privatizzazione. In altri termini, accanto alla legge privata dettata dalla nuova *lex mercatoria*, continuano a persistere le regole poste dai pubblici poteri a regolamentazione dell'economia¹⁰.

È necessario ora individuare meglio quali siano i diversi tipi di strumenti regolatori. In particolare, è opportuno distinguere le misure volte a disciplinare singoli settori economici, adottate dai rispettivi organi di regolazione settoriale (quali, ad esempio, l'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni l'AGCOM o l'Autorità per l'energia elettrica e il gas) dalle misure antitrust che si applicano a tutti i settori dell'economia, adottate dall'autorità competente in via generale per la tutela della concorrenza (in Italia l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato).

La nozione di regolazione è stata recentemente tratteggiata dalla dottrina secondo cui la *regolazione non è ogni specie di ingerenza pubblica nell'economia* per cui è bene *delimitare la regolazione, limitandola a quelle forme di ingerenza che non sono esterne al mercato, ma che sono parte del mercato, nel senso che contribuiscono a conformarlo, stabilendo equilibri che attivano interessi, i quali, quindi, si valgono della regolazione come opportunità da sfruttare*¹¹.

In particolare, mentre le misure previste dalla normativa generale antitrust vengono applicate *ex post* per reprimere e sanzionare l'illecito già verificatosi, la regolazione settoriale interviene *ex ante* attraverso l'imposizione di obblighi e vincoli particolari¹².

È necessario chiarire, comunque, che le misure regolatorie settoriali e quelle generali a tutela della concorrenza non possono più essere intese come due categorie rigidamente distinte.

Le misure con cui i pubblici poteri regolano i singoli settori dell'economia, infatti, devono essere comunque adottate in una finalità pro-concorrenziale.

In linea teorica, la disciplina regolatoria settoriale ha carattere transitorio e contingente, nel senso che dovrebbe essere adottata con il fine di creare un mercato che sia successivamente in grado di funzionare in modo autonomo conformandosi al principio di libera concorrenza.

Come già si è visto, la discrezionalità di cui gode l'amministrazione nella regolazione del mercato si è progressivamente ed incisivamente ridotta.

Ebbene, tra i criteri che vincolano il potere regolatorio dei pubblici poteri, vi è senz'altro il rispetto del principio di concorrenza¹³.

Nella misura in cui introduca previsioni limitative del principio di concorrenza, la regolazione settoriale sarà sottoposta a un severo controllo di proporzionalità per valutarne la legittimità.

Tali considerazioni sono state recepite dalla giurisprudenza amministrativa che, ad esempio, vagliando la legittimità di un atto regolatorio adottato dall'Autorità per l'energia elettrica e il gas, ha ritenuto che: *il provvedimento impugnato, per il suo contenuto specifico e singolare, decampi dai limiti di proporzionalità e ragionevolezza ai quali è assoggettato il potere regolatorio proconcorrenziale dell'Autorità* (Cons. St., sez. VI^a, 14.6.2006, n. 3501).

Con particolare riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, la direttiva quadro cui si è fatto cenno in precedenza [citare] ha rimodellato i rapporti tra regolazione settoriale e concorrenza, assegnando alla prima un ruolo complementare ma residuale rispetto alla seconda. La direttiva stabilisce, infatti, che:

¹⁰ Sulla funzione di regolazione del mercato, L. GIANI ó A. POLICE, *Le funzioni di regolazione del mercato*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2008, 497 ss.

¹¹ S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO ó M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, Il Mulino, 2000, 12 ss.

¹² In generale sul rapporto tra regolazione e concorrenza, M. LIBERTINI, *Le riforme del diritto dell'economia: regolazione e concorrenza*, in *Dir. Amm.*, 7/2002, 802 ss.; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, Il Mulino, 2008, 45 ss.

¹³ M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2/2004, 347 ss.; A. ARGENTATI, *Il principio di concorrenza e la regolazione amministrativa dei mercati*, Torino, Giappichelli, 2008, 273 ss.

è essenziale che gli obblighi ex ante vengano imposti esclusivamente quando non esista una concorrenza effettiva, vale a dire sui mercati in cui una o più imprese detengono un significativo potere di mercato e quando i mezzi di tutela apprestati dal diritto nazionale e comunitario della concorrenza non siano sufficienti a risolvere il problema (considerando n. 27).

La stretta relazione tra la regolazione settoriale e la disciplina antitrust rende necessaria una continua e proficua collaborazione tra le Autorità che pongono queste regole, nel rispetto del principio di cooperazione tra le due Autorità, come affermato dal Consiglio di Stato nella nota sentenza n. 1271/2006.

Concludendo sul punto, quindi, la regolazione amministrativa settoriale non può sostituirsi alla disciplina generale antitrust ma ne costituisce un completamento.

Parimenti, in caso di insufficienza dell'attività svolta ex ante dall'Autorità regolatoria di settore per la tutela della concorrenza, l'AGCM potrebbe comunque intervenire ex post sanzionando le pratiche abusive degli operatori dominanti.

Si aggiunga che il principio di concorrenza è divenuto, inoltre, un parametro di legittimità della regolazione settoriale condizionando ogni altra forma di intervento pubblico nell'economia.

In altri termini, perché sia legittima, la regolazione amministrativa deve rispondere a criteri di necessità, proporzionalità e di pro-concorrenzialità e può essere giustificata solo come misura eccezionale allorché le regole generali del mercato concorrenziale non sono adeguate a raggiungere lo scopo.

In quest'ottica, è stato affermato il dovere dei pubblici poteri di giustificare l'adozione di misure di regolazione dei mercati con contenuti ed effetti generali: ad esempio, cause giustificative della regolazione possono essere ravvisate nella limitazione dei poteri monopolistici, in ipotesi in cui lo svolgimento di attività economiche comporti esternalità negative, in presenza di asimmetrie informative ovvero quando debba essere garantito un servizio universale.

7. I soggetti: la Commissione Europea, il Berc, il Ministero dello sviluppo economico, l'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, la Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi, i Corecom, gli altri organismi europei e internazionali

Nell'ambito dell'attività regolatoria del mercato delle comunicazioni, come di quella finalizzata in via generale alla tutela della concorrenza, si intersecano, sino talvolta a sovrapporsi, le competenze attribuite a molteplici soggetti nazionali, sovranazionali e subnazionali¹⁴.

Competenze rilevanti sono riservate, in ambito statale, al Ministero dello sviluppo economico e all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni, nonché, in ambito sovranazionale, a diverse istituzioni.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1 del codice delle comunicazioni elettroniche, il Ministero e l'AGCOM svolgono *le funzioni di regolamentazione indicate nel codice*, ciascuno *nell'ambito delle rispettive competenze* di cui all'art. 7¹⁵.

Tra le competenze del Ministero, una delle più rilevanti è senza dubbio costituita dal rilascio delle autorizzazioni e delle licenze per lo svolgimento di attività di telecomunicazione.

Il Ministero, inoltre, ai sensi dell'art. 42, comma 3, d.lgs. n. 177/2005, *adotta il piano nazionale di ripartizione delle frequenze da approvare con decreto del Ministro sentito l'Autorità, i Ministeri dell'interno, della difesa, delle infrastrutture e dei trasporti, la concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo e gli operatori di comunicazione elettronica ad uso pubblico, nonché il Consiglio superiore delle comunicazioni*.

In capo al Ministero permane anche una funzione di vigilanza volta ad assicurare il rispetto degli obblighi stabiliti in capo agli operatori, per un verso, dalle autorizzazioni generali e, per altro, dalla normativa di legge e regolamentare.

Le altre funzioni di regolazione del mercato, anche in senso lato, sono attribuite, in linea di massima, all'Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni.

¹⁴ Sul punto, M. D'ALBERTI, *La tutela della concorrenza in un sistema a più livelli*, in *Dir. amm.*, 4/2004, 705 ss. Sulla prospettiva globale, M. D'ALBERTI, *Le regole globali: limiti e rimedi*, in G. AMATO (a cura di), *Governare l'economia globale*, Firenze, Passigli Editori, 2009.

Per un'analisi delle competenze dei vari organismi di controllo, nella manualistica, cfr. G. MARINO, *Gli organismi di controllo*, in S. SICA, V. ZENO-ZENCOVICH, *Manuale di diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2009, 153 ss.; R. ZACCARIA, A. VALASTRO, *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, Padova, Cedam, 2010, 159 ss.

¹⁵ Sul rapporto tra Ministero e AGCOM, M. LIBERTINI, *I rapporti tra Ministero e Autorità Garante delle comunicazioni*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 12/2001, 1287 ss.

L'attività dell'AGCOM, infatti, assume un carattere poliedrico, essendo finalizzata sia a promuovere la concorrenza sia a garantire un elevato livello di qualità del servizio generale delle comunicazioni anche attraverso la regolamentazione del sistema tariffario e la tutela dei consumatori.

Particolarmente rilevanti sono le funzioni svolte da un'altra amministrazione indipendente, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, competente in via generale ad assicurare la tutela della concorrenza e il corretto funzionamento dei mercati (AGCM).

Con riferimento al settore delle comunicazioni, l'attività dell'AGCM ha ad oggetto principalmente le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante e le operazioni di concentrazione nei settori delle radiodiffusioni e dell'editoria.

Inoltre, l'AGCM deve essere sentita dall'AGCOM nell'attività di analisi dei mercati rilevanti, ad ulteriore conferma dell'intenso rapporto che si instaura tra le due *Authorities*, nell'ambito del quale all'AGCOM è devoluto il compito di regolamentare il settore delle comunicazioni e all'AGCM quello di assicurare il rispetto della concorrenza nell'ambito del medesimo settore.

Le competenze generali dell'AGCM sono state estese, da ultimo, dall'art. 35, d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011, che ha riconosciuto all'autorità Antitrust il potere di impugnare gli atti amministrativi generali, i regolamenti e i provvedimenti di tutte le pubbliche amministrazioni che violano le norme a tutela della concorrenza e del mercato.

Sempre a livello nazionale, deve essere menzionata l'attività di indirizzo e di vigilanza svolta dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi.

Istituita con la l. n. 103/1975 per consentire al Parlamento di esercitare un controllo sul servizio pubblico radiotelevisivo, la Commissione bicamerale annovera tra le proprie funzioni principali quella di formulare gli indirizzi generali per l'attuazione dei principi fondamentali della disciplina del servizio pubblico nonché di stabilire le norme per garantire l'accesso al mezzo televisivo.

Inoltre, la Commissione formula indirizzi generali relativamente ai messaggi pubblicitari, per assicurare la tutela del consumatore e la compatibilità delle esigenze delle attività produttive con la finalità di pubblico interesse e le responsabilità del servizio pubblico radiotelevisivo.

Si noti che la l. n. 249/1997 ha previsto un'importante forma di collaborazione tra la Commissione parlamentare e l'AGCOM.

Il Consiglio dell'Autorità (cfr. par. n. 8), ha il compito di accertare l'eventuale mancata osservanza da parte della società concessionaria del servizio radiotelevisivo pubblico degli indirizzi impartiti dalla Commissione di vigilanza e di richiedere alla società stessa l'attivazione dei procedimenti disciplinari nei confronti dei dirigenti responsabili.

Tra gli altri soggetti che svolgono un ruolo importante nel settore delle comunicazioni si annoverano anche i Comitati regionali per le comunicazioni (Corecom), organi funzionali dell'AGCOM. che l'art. 1, comma 13, l. n. 249/1997 ha previsto *«riconoscendo le esigenze di decentramento sul territorio al fine di assicurare le necessarie funzioni di governo, di garanzia e di controllo in tema di comunicazione»*.

La composizione e le funzioni dei Corecom sono stati precisati dall'AGCOM con le delibere n. 52 e 53 del 1999. In particolare, essi sono composti, di norma, da cinque membri esperti nel campo della comunicazione e indipendenti sia dal sistema politico-istituzionale che dagli interessi di settore.

I Corecom svolgono funzioni proprie, cioè quelle conferite dalla legislazione statale o regionale, nonché quelle che gli sono delegate dall'AGCOM.

Nello specifico, ai sensi dell'art. 5 della citata delibera n. 53/1999, ai Corecom sono assegnate funzioni di vigilanza, di controllo, consultive, di gestione e istruttorie con riferimento, per un verso, alle controversie in tema di interconnessione e accesso alle infrastrutture di telecomunicazione e, per altro, a quelle tra ente gestore del servizio e utenti privati¹⁶.

Per quanto riguarda il sostegno finanziario, i Corecom sono finanziati dalle Regioni, per lo svolgimento di funzioni connesse a specifiche esigenze regionali, e dall'AGCOM per quanto riguarda le funzioni proprie.

Un altro organismo ausiliario dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni AGCOM è costituito dal Consiglio Nazionale degli Utenti (CNU), istituito dall'art. 1, comma 28 della l. n. 249/1997 e composto da undici esperti designati dalle associazioni rappresentative delle varie categorie degli utenti dei servizi di telecomunicazioni e radiotelevisivi.

Il CNU *«esprime pareri e formula proposte all'Autorità, al Parlamento e al Governo e a tutti gli organismi pubblici e privati, che hanno competenza in materia audiovisiva o svolgono attività in questi settori su tutte le questioni concernenti la salvaguardia dei diritti e le legittime esigenze dei cittadini, quali*

¹⁶ Specificatamente sulle funzioni di soluzione delle controversie, G. DELLA CANANEA, *Regolazione del mercato e tutela della concorrenza nella risoluzione delle controversie in tema di comunicazioni elettroniche*, in *Dir. pubbl.*, 2/2005, 602 ss.

soggetti attivi del processo comunicativo, promuovendo altresì iniziative di confronto e di dibattito su detti temi (art. 1, co. 28, l. n. 249/1997).

Le competenze regolatorie del settore delle comunicazioni, come detto peraltro, non si fermano ai confini nazionali essendo diversi gli organi e le istituzioni, soprattutto a livello europeo ma anche internazionale, ad avere attribuzioni importanti in tale materia.

Una tale articolazione di soggetti cui sono attribuite funzioni di regolazione del mercato ha sollecitato l'esigenza, particolarmente avvertita in ambito europeo, di procedere a un coordinamento tra i vari organismi¹⁷.

In tale ottica, ad esempio, l'art. 7 della citata direttiva quadro in tema di comunicazioni elettroniche aveva delineato una relazione organizzativa tra la Commissione europea e le singole Autorità nazionali di regolazione degli Stati membri al fine di uniformare i vari indirizzi regolamentari.

Inoltre, il regolamento CE n. 1211/2009 ha istituito l'Organismo dei regolatori europei delle comunicazioni elettroniche (BEREC) con il fine di promuovere la cooperazione tra le autorità nazionali di regolamentazione e fra queste e la Commissione europea, nonché di rafforzare il mercato interno delle reti e delle comunicazioni elettroniche.

La funzione principale del BEREC è di fornire consulenza e assistenza alle istituzioni europee, quali la Commissione, il Parlamento e il Consiglio, e nazionali, come le diverse autorità amministrative di regolazione.

Il BEREC è formato da un comitato dei regolatori o composto al direttore e rappresentante dell'autorità regolatoria di ogni Stato membro o ed è assistito dall'Ufficio che dispone di un comitato di gestione e di un direttore amministrativo.

Il legislatore comunitario si è mostrato, sin da subito, particolarmente attento anche al profilo dell'indipendenza dei soggetti regolatori, stabilendo all'art. 3, par. 3 della citata direttiva quadro, che le funzioni di regolazione siano tenute nettamente distinte da quelle di proprietà e gestione dei soggetti economici attivi sul mercato.

Sempre a livello europeo, deve essere segnalata l'attività, soprattutto in tema di frequenze, di organismi quali la Conferenza Europea delle amministrazioni delle Poste e delle Telecomunicazioni (CEPT), il Gruppo per la Politica in materia di Spettro Radio (RSPG), il Comitato per lo Spettro Radio (RSC) e lo European Regulators Group (ERG), poi sostituito dal BEREC.

Come accennato, inoltre, anche in sede internazionale sono attivi diversi organismi che regolano il settore oggetto dell'analisi, quali ad esempio la World Trade Organisation (WTO), l'Unione Internazionale delle Telecomunicazioni (UIT).

7.1 Il coinvolgimento delle Regioni

A seguito della revisione del titolo V della Costituzione intervenuta con la nota l. cost. n. 3/2001, competenze importanti nella materia di cui trattasi sono state attribuite anche alla Regioni.

Infatti, il testo novellato dell'art. 117, comma 3, Cost. individua tra le materie di legislazione concorrente l'ordinamento della comunicazione, in cui alle Regioni è attribuita una competenza legislativa da esercitare nell'ambito dei principi stabiliti dalla legge statale.

Nel nuovo quadro costituzionale, quindi, le Regioni vedono ampliati i propri poteri legislativi, anche in materia di regolazione amministrativa dell'economia.

D'altro canto, allo Stato non resta soltanto la competenza a dettare i principi fondamentali nell'ambito dei quali verrà esercitata dalle Regioni la propria attività legislativa ma anche la competenza esclusiva in materie, cd. trasversali, la cui regolamentazione è in grado di incidere indirettamente sulle competenze regolatorie regionali, quali ad esempio la tutela della concorrenza o la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni.

La stessa giurisprudenza costituzionale ha ritenuto che entrambi questi profili possano legittimare un intervento legislativo statale.

Secondo il Giudice delle Leggi, infatti, il legislatore statale può comunque intervenire, in primo luogo, allorché siano ravvisabili *«rilevanti interessi nazionali, sottesi alle competenze concorrenti di cui all'art. 117, terzo comma, della Costituzione, come quelli che fanno capo alla distribuzione dell'energia e allo sviluppo dei sistemi di telecomunicazione»* (sent. 7.10.2003, n. 307).

Inoltre, è bene ricordare *«l'incidenza che una efficiente rete di infrastrutture di comunicazione elettronica può avere sullo sviluppo economico del Paese e sulla concorrenzialità delle imprese. Ciò in un'ottica secondo la quale la «materia» della «tutela della concorrenza» deve essere intesa non «soltanto*

¹⁷ Sul rapporto tra autorità di regolazione nazionali e sovranazionali, S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 6/2002, 689 ss.; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003.

in senso statico, come garanzia di interventi di regolazione e di ripristino di un equilibrio perduto», ma anche in un'accezione dinamica «che giustifica misure pubbliche volte a ridurre squilibri, a favorire le condizioni di un sufficiente sviluppo del mercato o ad instaurare assetti concorrenziali» (sent. 27.7.2005, n. 336).

Del resto, entrambi gli aspetti da ultimo citati rappresentano, del resto, dei correttivi fondamentali per salvaguardare quei profili unitari che altrimenti avrebbero potuto essere pregiudicati dall'attribuzione a ciascuna Regione di una competenza legislativa, sia pure concorrente, in un ordinamento *à* rete *o* quale quello delle comunicazioni.

Un altro limite alla potestà legislativa delle Regioni, come a quella statale, è senz'altro costituito dal rispetto dei *vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali* (art. 117, comma 1, Cost.).

In tal modo, ad esempio, fronte della scelta del legislatore statale, su spinta di quello europeo, per il modello dell'autorizzazione generale per l'accesso al mercato delle comunicazioni elettroniche, le Regioni non potranno introdurre prescrizioni più stringenti e limitative.

Ciò a ulteriore conferma della portata del principio di concorrenza come parametro di legittimità non solo della regolazione amministrativa dell'economia ma anche dell'attività legislativa.

8. L'AGCOM: struttura e le molteplici funzioni di regolazione e di garanzia

La residuale competenza di regolazione del mercato è devoluta all'AGCOM¹⁸.

Ai sensi dell'art. 1, l. n. 249/1997, infatti, l'AGCOM *opera in piena autonomia e con indipendenza di giudizio e di valutazione*.

L'Autorità gode di autonomia finanziaria e, per l'esercizio delle proprie funzioni, può avvalersi, oltre che dei propri apparati, anche di dipendenti dello Stato o di altre amministrazioni, della Guardia di Finanza e dei Comitati regionali per le comunicazioni.

L'AGCOM presenta un'organizzazione articolata.

È composta da quattro organi, ognuno dei quali titolare di competenze specifiche: il Presidente, il Consiglio, costituito dal Presidente e da tutti i Commissari, la Commissione per le infrastrutture e per le reti e la Commissione per i servizi e per i prodotti.

Il numero dei componenti del Consiglio e, conseguentemente, delle due Commissioni, è stato recentemente ridotto dall'art. 23, d.l. n. 201/2011, conv. in L. n. 214/2011, secondo cui *al fine di perseguire il contenimento della spesa complessiva per il funzionamento delle Autorità amministrative indipendenti, il numero dei componenti: a) del Consiglio dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è ridotto da otto a quattro, escluso il Presidente. Conseguentemente, il numero dei componenti della commissione per le infrastrutture e le reti dell'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni è ridotto da quattro a due, escluso il Presidente, e quello dei componenti della commissione per i servizi e i prodotti della medesima Autorità è ridotto da quattro a due, escluso il Presidente*. Ovviamente, tale disposizione non si applica ai componenti già nominati alla data di entrata in vigore del decreto.

Il Presidente è nominato con decreto del Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio dei Ministri di concerto con quello delle Comunicazioni. Il mandato dura sette anni e non è rinnovabile.

Tra le funzioni principali del Presidente si annoverano quelle di rappresentare l'Autorità, di convocare le sedute degli Organi collegiali di cui stabilisce l'ordine del giorno e di cui assume la presidenza nonché quella di vigilare sull'attuazione delle deliberazioni dell'Autorità.

Il Presidente è a capo degli Organi collegiali dell'Autorità tra cui svolge un'importante funzione di coordinamento.

La Commissione per le infrastrutture e le reti, che opera in diversi settori delle comunicazioni, definisce le misure di sicurezza delle comunicazioni e gli standard per i decodificatori, vigilando, altresì, sui tetti per le radiofrequenze compatibili con la salute umana. Tra le altre competenze rilevanti vanno segnalate quelle in materia di servizio universale, di numerazione, di interconnessione e di accesso alle infrastrutture di telecomunicazione. La Commissione interviene altresì nelle controversie tra l'ente gestore del servizio di telecomunicazioni e gli utenti privati.

La Commissione per i Servizi e i Prodotti, invece, opera principalmente nel settore radiotelevisivo. Essa vigila sulle modalità di distribuzione dei prodotti e dei servizi, inclusa ogni forma di pubblicità, nonché sul rispetto delle norme a tutela dei minori e del diritto d'autore; cura le rilevazioni degli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione; effettua il monitoraggio delle trasmissioni televisive; vigila sulla correttezza delle indagini sugli indici di ascolto e di diffusione dei diversi mezzi di comunicazione rilevati da altri soggetti; verifica che la pubblicazione e la diffusione dei sondaggi sui mezzi

¹⁸ R. CAIAZZO, *L'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, Il Mulino, 2010.

di comunicazione di massa siano effettuate rispettando i criteri contenuti nell'apposito regolamento che essa stessa provvede a emanare.

Infine, il Consiglio è un organo collegiale composto dal Presidente e da tutti i membri delle due Commissioni. Esso segnala al Governo l'opportunità di interventi, anche legislativi, in relazione alle innovazioni tecnologiche ed all'evoluzione, sul piano interno e internazionale, del settore delle comunicazioni e garantisce l'applicazione delle norme legislative sull'accesso ai mezzi e alle infrastrutture di comunicazione, anche attraverso la predisposizione di specifici regolamenti. Inoltre, accerta l'effettiva sussistenza di posizioni dominanti nell'ambito del settore radiotelevisivo e svolge un'importante funzione consultiva in quello delle comunicazioni. Da ultimo, accerta la mancata osservanza, da parte della società concessionaria del servizio pubblico radiotelevisivo, degli indirizzi formulati dalla Commissione parlamentare per l'indirizzo generale e la vigilanza dei servizi radiotelevisivi.

In quest'ottica, l'art. 48, t.u. n. 177/2005 affida all'Autorità *il compito di verificare che il servizio pubblico generale radiotelevisivo venga effettivamente prestato ai sensi delle disposizioni di cui al presente testo unico, del contratto nazionale di servizio e degli specifici contratti di servizio conclusi con le regioni e con le province autonome di Trento e di Bolzano, tenendo conto anche dei parametri di qualità del servizio e degli indici di soddisfazione degli utenti definiti nel contratto medesimo*.

Con riferimento alle funzioni dell'Autorità, l'attività svolta è finalizzata, da un lato, a promuovere la concorrenza e, dall'altro, a dettare una regolazione del mercato in modo da garantire elevati e sicuri standard qualitativi dei servizi, assicurando il pluralismo informativo e i diritti degli utenti.

In quanto autorità *convergente*, poi, essa svolge la propria attività nei vari settori delle telecomunicazioni, della radiotelevisione e dell'editoria.

Sotto il profilo delle attribuzioni, l'AGCOM assume una connotazione particolare nel panorama delle autorità amministrative indipendenti: oltre alle competenze in materia di concorrenza, essa svolge funzioni sia di regolazione che di garanzia ed è titolare di poteri normativi, giustiziali, di vigilanza e controllo, sanzionatori e amministrativi.

Per lo svolgimento delle proprie competenze, l'AGCOM dispone di un importante potere normativo. Infatti, oltre ai regolamenti relativi all'organizzazione e al funzionamento della propria struttura, può adottare atti normativi che incidono in modo penetrante sui vari operatori del settore¹⁹.

Avendo riguardo all'attività di regolazione e di tutela della concorrenza, con particolare riferimento al settore delle comunicazioni elettroniche, l'Autorità, sentita l'AGCM, procede all'analisi del mercato di riferimento e dispone, in caso di accertate posizioni dominanti da parte di alcuni operatori, misure asimmetriche nei confronti di questi ultimi.

In materia di gestione dello spettro delle frequenze, invece, l'Autorità esprime un parere sullo schema di ripartizione elaborato dal Ministero. Nel rispetto del piano di ripartizione, poi, l'Autorità elabora e approva il piano di assegnazione delle frequenze stesse.

L'art. 32, comma 2, d.lgs. n. 177/2005 (T.U. dei servizi di media audiovisivi e radiofonici), come modificato dal d.lgs. n. 44/2010, ha attribuito all'AGCOM la competenza ad adottare un apposito piano di numerazione automatica dei canali della televisione digitale terrestre, in chiaro e a pagamento, stabilendo con un proprio regolamento le modalità di attribuzione dei numeri ai fornitori di servizi di media audiovisivi autorizzati alla diffusione di contenuti audiovisivi in tecnica digitale terrestre. Ovviamente rimane salvo il diritto di ciascun utente di riordinare i canali offerti nonché la possibilità per gli operatori di offerta televisiva a pagamento di introdurre ulteriori e aggiuntivi servizi di guida ai programmi e di ordinamento canali.

Rientra tra i compiti dell'Autorità anche la tenuta del registro degli operatori di comunicazione (ROC), disciplinato dalla delibera dell'AGCOM n. 666/08/CONS, cui sono tenuti a iscriversi gli operatori di rete, i fornitori di servizi, i soggetti esercenti l'attività di radiodiffusione, le imprese concessionarie di pubblicità, le imprese di produzione o distribuzione di programmi radiotelevisivi, le agenzie di stampa a carattere nazionale, gli editori di giornali quotidiani, periodici o riviste, i soggetti esercenti l'editoria elettronica e le imprese fornitrici di servizi di comunicazione elettronica.

Importanti sono le competenze dell'Autorità in tema di risoluzione delle controversie, sia quelle insorte tra operatori che quelle tra operatori e utenti.

Nel primo caso, l'attività dell'Autorità è connotata da un carattere fortemente regolatorio che può interessare tutti gli operatori del settore, considerato che, risolvendo controversie sorte in relazione agli obblighi previsti dal codice delle comunicazioni elettroniche, l'Autorità finisce per dettare indicazioni interpretative o prescrittive con valenza generale. La decisione finale, che deve essere adottata entro il

¹⁹

In generale sul potere normativo delle *Authorities*, V. CERULLI IRELLI, *Sul potere normativo delle Autorità amministrative indipendenti*, in M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati*, Bologna, Il Mulino, 2010.

termine di quattro mesi dal ricevimento dell'istanza, può essere impugnata innanzi agli organi di giustizia amministrativa e, precisamente, al T.a.r. Lazio.

Per quanto riguarda, invece, la competenza in tema di risoluzione di controversie tra operatori e utenti, l'attività dell'AGCOM assume un carattere paragiurisdizionale.

In particolare, il procedimento prevede che gli utenti, dopo aver esperito un tentativo di conciliazione obbligatorio innanzi ai Co.Re.Com., che rappresenta una condizione di procedibilità anche rispetto all'eventuale ricorso giurisdizionale, possano chiedere all'Autorità di definire la controversia con un atto vincolante.

Anche con specifico riferimento al settore radiotelevisivo, l'Autorità svolge la duplice funzione di regolazione e di garanzia, cercando di assicurare, da un lato, una distribuzione ottimale delle risorse e gli standard qualitativi di base e, dall'altro, il rispetto del principio del pluralismo informativo.

L'attività dell'AGCOM, si estende anche al campo dell'editoria avendo sostituito il Garante dell'editoria e dell'informazione. In questo settore, le competenze dell'Autorità sono incrementate anche con la l. n. 248/2000 sulla tutela del diritto di autore.

MASSIMO NUNZIATA

(Dottorando di ricerca in Diritto Amministrativo presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma òTor Vergataö)